



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTIÓN DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, 19 DIC 2014

Radicación : 150013331006-2011-00175-00
Demandante : JULIO ERNESTO RODRIGUEZ BONILLA Y OTROS
Demandados : DEPARTAMENTO DE BOYACA
Acción : REPARACION DIRECTA

I. LA ACCIÓN

Procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia dentro de la acción de Reparación Directa, instaurada mediante apoderado judicial por los señores Julio Ernesto Rodríguez Bonilla y Luz Mery Abril, quienes actúan en nombre propio y en representación del menor Yilber Yair Rodríguez Abril; igualmente Javier Alberto Rodríguez Abril, Blanca María Abril, José Martín Rodríguez Orjuela y Florinda Bonilla Bello, quienes actúa en nombre propio en contra del Departamento de Boyacá.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES

Solicita la parte actora se declare administrativa y extra – contractualmente responsable al Departamento de Boyacá, por los perjuicios patrimoniales y extra – patrimoniales causados a los demandantes, con ocasión del fallecimiento del señor Wilson Alirio Rodríguez Abril el 16 de agosto de 2009 en el municipio de Maripi, en la vereda alto carrera o cotarrera cuando colapso la placa del puente que se estaba construyendo sobre el rio Panea, en ejecución del contrato No. 1081 de 2009, celebrado entre el Departamento de Boyacá y el Consorcio Ecoaguas.

Como consecuencia de lo anterior se condene al Departamento de Boyacá a pagar por concepto de perjuicios morales a favor de Julio Ernesto Rodríguez Bonilla y Luz Mery Abril, en calidad de padres de la víctima, la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos. Para Javier Alberto y Yilber Yair Rodríguez Abril, en calidad de hermanos de la víctima, la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de la sentencia para cada uno de ellos. Para José Martín Rodríguez Orjuela, Florinda Bonilla Bello y Blanca María Abril, en calidad de abuelos de la víctima la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos.

Así mismo, se condene a la entidad demandada a pagar por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, a favor de Julio Ernesto Rodríguez Bonilla y Luz Mery Abril, padres de la víctima la suma de quince millones de pesos (\$15.000.000), y por concepto de lucro cesante la suma de cuatrocientos sesenta y tres millones doscientos noventa y cuatro mil cuatrocientos pesos (\$463.294.400).

2.2. HECHOS:

Como sustento de sus pretensiones, señaló en síntesis los siguientes hechos:

Manifestó, que entre el Departamento de Boyacá y el Consorcio Ecoaguas se celebró el contrato No.001081 de 2009, cuyo objeto consistió en la construcción de la placa del puente sobre el rio Upanea en la vía carrera guazo del Municipio de Maripi.

“Hecho del tercero”: dijo que el Consorcio Ecoaguas en su calidad de contratista, bajo su propia responsabilidad inicio la actividad de fundir las vigas principales del puente, desatendiendo la orden expresa del interventor, referente al inicio de actividades.

“Hecho de la víctima”: soportada en el hecho que Wilson Alirio Rodríguez, no fue contratado por el Consorcio para llevar a cabo la ejecución de las actividades objeto del contrato de obra, toda vez que no fue reportado por el contratista en los formularios de afiliación al sistema integral de salud, pensión y riesgos profesionales del personal que fue contratado y presentado a la Gobernación de Boyacá, sumado a que el menor se instaló sobre la base del puente donde sucedieron los hechos exponiendo su integridad física al punto de perder la vida.

Llamados en garantía

- **Seguros del Estado S.A (Fls.179-191)**. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por carecer de fundamentos de hecho y de derecho, arguyendo que para el 16 de agosto de 2009 época en que ocurrieron los hechos, el señor Wilson Alirio Rodríguez Abril no se encontraba realizando la fundición de la plancha, por cuanto el trabajo no había sido autorizado por la interventoría del contrato sino hasta el 18 de agosto de la misma anualidad.

Adujo, que no hay lugar a solicitar la indemnización por daños, sin que se haya demostrado los elementos constitutivos de la responsabilidad, como culpa y nexo de causalidad, a su vez dijo que los daños alegados por los accionantes se derivaron de un trágico accidente que es ajeno, ya sea por fuerza mayor, caso fortuito o hecho de un tercero a la entidad asegurada, es decir al Departamento de Boyacá.

De otra parte, se opuso a cualquier condena que se pueda presentar en contra de Seguros del Estado S.A., en virtud de la expedición del contrato de seguros - póliza de responsabilidad civil extracontractual derivada del cumplimiento del contrato No. 39-40-101003975, por cuanto se está frente a una responsabilidad patronal del Consorcio Ecoaguas, que no es objeto de cobertura de la póliza, además porque dentro del contrato de seguro se encuentran excluidas las indemnizaciones por daño moral y lucro cesante, sumado a que se configuro la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguros de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1081 del Código de Comercio.

Finalmente propuso como excepciones:

“Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro” con fundamento en el artículo 1081 del Código de Comercio. Al respecto dijo que opero el fenómeno de prescripción según la norma referida, por cuanto la acción ordinaria que se derivó del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen, debió ser ejercida durante los dos años siguientes al momento en que el interesado tuvo o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción, vale decir a partir del 16 de agosto de 2009, por lo que el accionante como el Departamento de Boyacá tuvieron conocimiento para solicitar el pago de la indemnización a la aseguradora, sin embargo la compañía de seguros fue vinculada al proceso transcurridos más de dos años del inicio del hecho, es decir hasta el 18 de agosto de 2012, configurándose así el fenómeno de la prescripción.

“Inexistencia de amparo para los hechos de la demanda en relación con la póliza No. 39.40.101003975”: manifestó que la cobertura de la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual ampara perjuicios económicos que surjan de manera accidental e imprevista y por la ejecución del contrato a favor de la entidad estatal contratante y que de ninguna manera giran sobre responsabilidad patronal a cargo de la entidad asegurada o del contratista para con sus trabajadores.

“Existencia de exclusión absoluta para la afectación de la póliza No. 39-40-101003975. Responsabilidad civil contractual o laboral”: soportada en la responsabilidad contractual a cargo del Departamento de Boyacá y su contratista Ecoaguas, junto con una presunta obligación de indemnización de índole patronal y laboral, al ser la víctima un trabajador del contratista al servicio del Departamento de Boyacá, constituyéndose una exclusión general y absoluta al amparo otorgado en el contrato de seguro y que esta fuera de la cobertura de la póliza por expresa prohibición contractual, firmada y aceptada por las partes, que hacen parte del contrato de seguros y que no han sido modificadas por estas.

“Compensación de culpas”: en el caso de una eventual responsabilidad que se le atribuya al contratista, estaría enervada por el riesgo asumido por la propia víctima.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Seguros del Estado S.A (Fls.258 – 263): Afirmando que el acervo probatorio recaudado evidencia que los hechos de la demanda corresponden a una expresa exclusión de la cobertura extendida por SEGURIS DEL ESTADO S.A a través del contrato de seguros póliza de responsabilidad civil extracontractual No 39-40-101003975, por lo demás reitero los planteamientos expuestos en el escrito de contestación.

Departamento de Boyacá (Fls. 268-269). Manifestó, que con base en las pruebas obrantes en el proceso especialmente con el informe de la interventoría de 20 de agosto de 2009 se demostró que el Consorcio Ecoaguas ejecuto varias actividades que no estaban autorizadas por parte de la interventoría del contrato.

Indicó, la ausencia de nexo causal, por cuanto las actividades que sirvieron de base para solicitar la indemnización como lo es la fundición de la plancha del puente no estaban autorizadas por la interventoría del contrato y que por tanto no existe nexo de causalidad con el daño.

Dijo que con el oficio de 19 de agosto de 2009, mediante el cual el interventor del contrato requirió al contratista para que informara las razones por las cuales se llevó a cabo la fundición del puente sin estar autorizado para ello, y con el informe de interventoría del 20 de agosto de 2009, en el cual se manifestó expresamente la no autorización del contratista de la fundición de las vigas principales del puente, se demostró la contradicción del contratista al manifestar que las actividades que originaron el colapso del puente fueron autorizadas por la interventoría del contrato, pues se demostró que las referidas obras debían ejecutarse a la semana siguiente a la ocurrencia de los hechos señalados en la demanda, por tanto solo en ese caso se hablaría de una responsabilidad extracontractual de la administración con la ocasión de la ejecución del contrato de obra N° 1081 de 2009, y habría lugar a analizar los hechos u omisiones en que incurrió el Departamento para determinar el grado de responsabilidad.

Manifestó, que se encuentra acreditada la causal de exoneración de responsabilidad por parte del Departamento de Boyacá, al considerar que el menor Wilson Alirio Rodríguez no se encontraba a órdenes del contratista, ni realizando actividades del contrato de obra N° 1081 de 2009, y que conforme a los formularios de afiliación al sistema integral en salud, pensión y riesgos profesionales del personal que fue contratado por el Consorcio Ecoaguas para la ejecución de la obra, el joven Wilson Alirio Rodríguez no fue reportado como trabajador del Consorcio.

Concluyo, que el contratista bajo su absoluta responsabilidad fundió las vigas principales del puente y permitió que un tercero ajeno a la relación contractual se instalara sobre la base del puente, exponiendo su integridad física hasta perder la vida y que la víctima con su actuar contribuyo al daño que se reclama.

Parte actora (Fls.264-267). Luego de hacer un recuento de los hechos y de la normatividad aplicable al caso, así como del material probatorio, anoto que en el caso de autos convergen los elementos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado sin que se haya acreditado algún eximente de responsabilidad, habida cuenta que el daño causado fue producto de la imprudencia y negligencia del ingeniero Fabio Rodrigo Molina Díaz, del ingeniero de la obra, del interventor y del funcionario encargado de supervisar los trabajos realizados por parte de la Gobernación de Boyacá, al no haber tomado medidas preventivas y de seguridad, para evitar el accidente que le ocasiono la muerte a Wilson Alirio Rodríguez Abril.

VI. CONSIDERACIONES

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal que invalide lo actuado, se procede a tomar la decisión de fondo que en derecho corresponda.

6.1. La Competencia

Por la naturaleza de la acción, el lugar donde ocurrieron los hechos y el monto de las pretensiones reclamadas, este Juzgado es competente para conocer de este asunto en primera instancia, conforme lo dispone el artículo 134B, numeral 6 del C.C.A.

6.2. Legitimidad en la causa

Al proceso se allego copia autentica del registro civil de nacimiento de Wilson Alirio Rodríguez Abril (fl. 20) en el que aparece que es hijo de Luz Mary Abril y Julio Ernesto Rodríguez Bonilla, por lo que está establecido el parentesco y se concluye la legitimación en la causa de quienes intervienen en la condición de padres del causante.

Así mismo, obra el registro civil del menor Yilber Yair Rodríguez Abril (fl. 19), con el cual se consta la condición de hermano de la víctima, quedando acreditado su interés para actuar en el proceso, sin embargo no ocurre lo mismo con Javier Alberto Rodríguez Abril, toda vez que no fue allegado el registro civil de nacimiento, que permita acreditar el parentesco entre este y la víctima, así como el interés legítimo en la causa, lo anterior de acuerdo a lo contemplado en el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970.

De la misma forma, otorgaron poder los señores (as) José Martín Rodríguez Orjuela, Florinda Bonilla Bello y Blanca María Abril Bello, quienes comparecen al proceso en su calidad de abuelos del menor Wilson Alirio Rodríguez Abril, allegando los registros civiles de nacimiento de sus hijos Luz Mary Abril y Julio Ernesto Rodríguez Bonilla (fls. 22-23), los cuales permiten demostrar el parentesco entre los abuelos y el causante.

Se encuentra legitimado por pasiva el Departamento de Boyacá, de quien se demanda la responsabilidad por los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión del fallecimiento del menor Wilson Alirio Rodríguez Abril, en hechos ocurridos el día 16 de agosto de 2009, en la vereda alto carrera o tocarrera del Municipio de Maripi.

6.3. Ejercicio oportuno de la acción

De conformidad con lo previsto en el artículo 136 del C.C.A., la acción de reparación directa debe instaurarse dentro de los dos años contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos.

En el sub examine, la responsabilidad administrativa que se impetra en la demanda se originó en los daños sufridos por los demandantes con ocasión de la muerte del menor Wilson Alirio Rodríguez Abril, en la vereda alto carrera o tocarrera del Municipio de Maripi, el 16 de agosto de 2009, lo que significa que la parte demandante tenía hasta el día 16 de agosto de 2011 para presentar oportunamente su demanda. No obstante, advierte el Despacho que el 03 de agosto de 2011 fue presentada la solicitud de conciliación extrajudicial, interrumpiendo de esta manera el término de caducidad de la acción hasta por tres meses, de conformidad con lo previsto en el artículo 21 de la ley 640 de 2001, expidiéndose la respectiva constancia de agotamiento del requisito de procedibilidad el 13 de octubre de 2011, fecha en la cual se presentó la demanda, por lo que resulta evidente que no había transcurrido el término de dos (2) años previsto por el numeral 8º del artículo 136 del C.C.A.

6.4. Excepciones

Previo a resolver la excepción de "*cosa juzgada*", propuesta por el señor Fabio Rodrigo Molina Díaz, soportada en el contrato de transacción celebrado el 12 de noviembre de 2009 entre este, en calidad de representante legal del Consorcio Ecoaguas, y los señores Julio Ernesto Rodríguez Bonilla y Luz Mery Abril, en calidad de padres de la víctima, en el cual se estimaron y cancelaron los perjuicios materiales, objetivados y subjetivados, generados por el hecho que produjo la muerte del señor Wilson Alirio Rodríguez Abril, el Despacho analizará el alcance y los efectos jurídicos del contrato de transacción, a efectos de determinar la procedencia de su declaración.

De conformidad con lo establecido en el artículo 2469 del Código Civil, la transacción es un contrato mediante el cual las partes deciden terminar extrajudicialmente un litigio pendiente o precaver un litigio eventual, de modo que bajo este mecanismo se trata de un medio para liberar obligaciones pendientes de resolución, con base en concesiones entre las partes, con capacidad

para resolver sobre lo suyo susceptible de disposición o respecto de los derechos o intereses negociables de otro, esto último con poder u autorización legal para actuar en consecuencia.

Por su parte el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil dispone que las partes, en cualquier estado del proceso podrán transigir la litis. Mecanismo éste que también puede ser utilizado para solventar las diferencias surgidas con ocasión del cumplimiento de la sentencia.

Para que la transacción produzca efectos procesales deberá suscribirse por quienes la hayan celebrado y la petición dirigirse al Juez o Tribunal que conozca del proceso o de la actuación posterior a éste, como se dispone para la demanda.

La solicitud podrá presentarse por cualquiera de los extremos de la litis, acompañada del escrito en el que consta el acuerdo del que se dará traslado a quienes no intervinieron en él para que se pronuncien al respecto.

En ese orden de ideas, la transacción deberá realizarse por las partes directamente o mediante apoderado, con facultad expresa para el efecto – artículo 340 del C. de P.C.

También se debe tener en cuenta que la transacción hace tránsito a cosa juzgada, es decir produce los mismos efectos que una sentencia proferida en proceso judicial, es por esto que las partes mismas de un conflicto pueden solucionarlos con idénticos efectos a los de una sentencia.

Los Efectos de la Cosa Juzgada

La cosa juzgada tiene como efecto que no permite que entre las mismas partes exista un nuevo proceso cuando éste tenga las mismas causas y el mismo objeto que el proceso ya anteriormente fallado mediante sentencia. Es por esto que, el efecto de la cosa juzgada tiene como finalidad darle firmeza social y jurídica al fallo del juez, quien es quien decide una situación que ha sido objeto de un litigio, a través de una sentencia.

Por su parte el artículo 2483 del Código Civil le otorga a la transacción el efecto de cosa juzgada y además que puede ser demanda su nulidad absoluta o su nulidad relativa o rescisión, al respecto establece:

“La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, (...)”

Al respecto precisa el Despacho, que el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los procesos administrativos por remisión del artículo 267 del C.C.A contempla frente a la cosa juzgada:

“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes. (...)”

Al referirse a la materia, el Consejo de Estado, señaló:

“(...) esta corporación ha sostenido que el concepto de cosa juzgada “hace referencia al carácter imperativo e inmutable de las decisiones que han adquirido firmeza, lo cual implica de suyo la imposibilidad de volver sobre asuntos ya juzgados, para introducir en ellos variaciones o modificaciones mediante la adopción de una nueva providencia”. En consecuencia, es posible predicar la existencia del fenómeno de la cosa juzgada, cuando llega al conocimiento del a jurisdicción un nuevo proceso con identidad jurídica de partes, causa y objeto. (...)”¹

Estas “identidades procesales”, fueron explicadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-774 de 2001² en los siguientes términos:

¹ Consejo de Estado, C.P. Olga Melida Valle de la Hoz, Bogotá D.C, Veinticuatro (24) de Marzo de dos mil once (2011) Radicación Número: 17001-23-31-000-2004-01402-01(34396)

² Corte Constitucional, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Bogotá, D.C, veinticinco (25) de julio de dos mil uno (2001). Referencia: Expediente D- 3271

“Identidad de objeto, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.

Identidad de causa, es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.

Identidad de partes, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada”.

Consecuencias de la Cosa Juzgada en la Transacción

1. Pone fin al conflicto, es un efecto normal de la transacción, como medio de precaver un litigio o como solución para terminar el proceso, por voluntad de las partes en los términos que ellas acuerden.

2. Es un medio de acción, quiere decir, que por lo general la transacción debe estar libre de cualquiera de las causales para demandar la declaratoria judicial o arbitral de su nulidad, pero cuando existe una causal se puede impetrar la declaración de nulidad o la rescisión. Esta nulidad paraliza o termina el cumplimiento de la transacción y destruye los efectos que haya producido, es decir, restituye la situación que constituye su objeto al estado en el cual se encontraba antes de su celebración. Puede ser por esto que el efecto de cosa juzgada desaparezca, cuando la transacción sea declarada nula.

3. La transacción es un medio de excepción, es decir, el instrumento a través del cual la parte demandada puede solicitar al juez que se extenúe la acción judicial entablada contra ella por encontrarse el objeto de la misma ya definido por las partes con fuerza de cosa juzgada a través de ese contrato, por lo tanto la transacción se constituye en la prueba del hecho por medio del cual, en virtud del efecto de cosa juzgada que tiene la misma, la parte demandada la presenta como hecho suficiente para extenuar la acción, pues no cabe discutir en litigio lo que ha sido materia ya definida entre las mismas partes con el mismo efecto de una sentencia.

En el sub lite, se encuentra acreditado que los señores Julio Ernesto Rodríguez Bonilla y Luz Mery Abril, recibieron de Fabio Rodrigo Molina Díaz, la suma de \$15.000.000, por concepto de perjuicios materiales, morales, objetivados y subjetivados, sufridos con ocasión del accidente en que perdió la vida su hijo Wilson Alirio Rodríguez Abril, considerándolo a paz y salvo por todo concepto, renunciando expresamente a entablar o proseguir cualquier tipo de acción, civil administrativa o laboral, donde se vuelva a ventilar la materia de la transacción celebrada³, dándole al documento referido los alcances de una transacción para precaver un litigio eventual.

A criterio del Despacho, el documento que contiene el contrato de transacción celebrado entre los referidos demandantes y Ecoaguas, contiene los presupuestos señalados en párrafos anteriores, y no se vislumbra por parte alguna que adolezca de algún vicio generante de nulidad o invalidez, como quiera que no se acreditó la incapacidad para transigir, como tampoco que en ese caso existiere una prohibición para ello, o que se realizare sobre derechos ajenos o inexistentes, o que se hiciese con fundamento en títulos falsificados, o con dolo o mediante el uso de la violencia, por lo que el mismo se hace obligatorio para las partes al tenor del artículo 1602 del Código Civil, al no haber sido invalidado por mutuo acuerdo o por causa legal, y haberse acreditado que se celebró conforme a la ley.

En consecuencia, el despacho declarará probada la excepción de cosa juzgada respecto a Julio Ernesto Rodríguez Bonilla y Luz Mery Abril, padres del menor, quienes suscribieron el contrato de transacción por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de Wilson Alirio Rodríguez Abril, por cuanto las pretensiones objeto de la presente acción ya fueron satisfechas por el representante legal del Consorcio Ecoaguas, tal y como se desprende del contrato de transacción.

³ Contrato de transacción fls.223-225.

También se dirá que la excepción de cosa juzgada no tiene efectos frente a los demás demandantes, por cuanto la transacción solo produjo efectos inter partes respecto a Julio Ernesto Rodríguez Bonilla y Luz Mery Abril, quedando legitimados para demandar los abuelos y el hermano de la víctima y frente a quienes se seguirá el estudio del fondo del asunto, respecto a las pretensiones planteadas.

Respecto de excepciones de **“ausencia de nexo causal”**, **“hecho de un tercero”** y **“hecho de la víctima”** propuestas por el Departamento de Boyacá y las de **“caso fortuito”** y **“compensación de culpas”** planteadas por el Consorcio Ecoaguas, se tendrán como argumento de defensa que se resolverán con el fondo del asunto, de conformidad con las previsiones contenidas en el Art. 164 del C.C.A.

En relación con las excepciones **“Inexistencia de amparo para los hechos de la demanda en relación con la póliza No. 39.40.101003975”**, **“Existencia de exclusión absoluta para la afectación de la póliza No. 39-40-101003975. Responsabilidad civil contractual o laboral”**, **“Existencia de exclusión absoluta para la afectación de la póliza No. 39-40-101003975. Obligaciones laborales”**, **“Existencia de exclusión absoluta para la afectación de la póliza No. 39-40-101003975. Debilitamiento de bases”**, **“Inexistencia de obligación solidaria a cargo de Seguros del Estado S.A.”**, **“El lucro cesante y el daño moral como riesgos no asumidos en la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 39-40-101003975”**, **“Limite asegurado pactado dentro de la póliza de responsabilidad civil extracontractual derivada del cumplimiento No. No. 39-40-101003975”** e **“Inexistencia de la obligación”**, propuestas por Seguros del Estado S.A., más que excepciones que impidan al fallador emitir un pronunciamiento de fondo, constituyen argumentos de defensa tendientes a oponerse a las pretensiones, por lo que deben ser analizadas con el fondo del asunto.

En cuanto a la excepción de **“Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro”** Como quiera que el análisis de la prescripción de un derecho en discusión, depende necesariamente de la determinación de su viabilidad jurídica, el Despacho resolverá la excepción luego de definir la procedencia de lo solicitado en la demanda, si ello resulta procedente.

6.5. Problema Jurídico

El asunto a resolver se contrae a establecer si existe alguna responsabilidad por parte del Departamento de Boyacá, y si del Consorcio Ecoaguas por el fallecimiento del menor Wilson Alirio Rodríguez Abril, acaecido el 16 de agosto de 2009, al colapsar una placa de un puente en construcción en el Municipio de Maripi.

6.6. Régimen de responsabilidad y título de imputación

Si bien en la demanda no hay claridad sobre el título de imputación ya que al tiempo que se habla de la falla del servicio, se menciona la responsabilidad de la administración por riesgo excepcional, al considerarse que la demandada no utilizó las medidas preventivas necesarias para evitar el accidente por el que hoy se reclama, lo cierto es que, de acuerdo con el principio **“iura novit curia”**⁴, el régimen de responsabilidad aplicable en estos eventos es el objetivo, bajo el título de riesgo excepcional.

En efecto, sin lugar a dudas la operación que se explicó en la demanda, se estaba realizando el día 16 de agosto de 2009, cuando tuvo lugar el accidente y que consistió en el colapso de una placa de un puente en construcción, en ejecución de una obra o trabajo público, circunstancia frente a la que la jurisprudencia tiene establecido la aplicación del régimen y título de responsabilidad mencionado.-

En este sentido, se manifestó la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del Doctor JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS en sentencia de 26 de febrero de 1998, radicación número: 10846: **“En la especie basta recurrir al criterio jurisprudencial sobre la responsabilidad objetiva, aplicable a estos casos, para concluir que trabajos públicos [como los de limpieza también] generan responsabilidad”**.

⁴ Ver: Consejo de Estado, Providencia de fecha 14 de diciembre de 1993, expediente 8019 C.P. Carlos Betancourt Jaramillo; y de la misma corporación, fallo de fecha 14 de febrero de 1995, referencia radicación s-123, actor Jorge Arturo Herrera Velásquez, C.P. Dra. Consuelo Sarria Obco ACE tomo CXLI, P. 143-183.

En posterior pronunciamiento de 2007, la Sección Tercera de la misma Corporación con ponencia del Consejero Doctor MAURICIO FAJARDO GOMEZ, precisó⁵:

"2.2.1. El régimen de responsabilidad aplicable con ocasión de los daños derivados de la construcción, mantenimiento o conservación de obras públicas.

En cuanto tiene que ver con este extremo, **la Sala ha determinado que el régimen de responsabilidad tiene carácter objetivo**, en consideración al riesgo que entraña tanto para quienes realizan directamente la obra pública como para los terceros. De ahí que se haya sostenido que

«...la actividad que tiene por objeto la construcción, remodelación, mantenimiento y mejora de las vías públicas es una de las denominadas riesgosas o peligrosas en el entendimiento de que tal calificación supone una potencialidad de daño para las personas o para las cosas, a lo que se suma que, el uso de una vía pública a más de configurar a cargo de las autoridades un típico servicio de naturaleza pública, también comporta una buena dosis de peligrosidad o riesgo, pues la conducción de vehículos automotores es una actividad de suyo riesgosa»⁶.

Ello se traduce en que concierne al demandante la demostración del daño y de la relación de causalidad existente entre éste y el hecho de la Administración, realizado por medio del contratista, en desarrollo de una actividad riesgosa, sin que le sirva de nada a la entidad pública demandada demostrar la ausencia de culpa; deberá probar, para exonerarse, la existencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima..."— destaca el Juzgado —

La jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente, cuando se trata de la producción de daños originados por la ejecución de obras públicas:

*"Tratándose de la ejecución de obras públicas la jurisprudencia ha manejado distintos regímenes de responsabilidad según sea la calidad de la víctima que sufre el daño, el operador, es decir la persona que ejecuta la obra, el usuario o el tercero, bajo el entendido que si se trata del operador que ejecuta una obra pública en beneficio de la administración, el régimen aplicable sería el de la responsabilidad subjetiva bajo el título de imputación de la falla del servicio. **En cambio, por regla general, un tratamiento distinto operó si la víctima del daño era el usuario o el tercero, porque en estos casos el régimen adecuado sería el de la responsabilidad objetiva, y en este escenario, en algunas oportunidades privilegió el título de imputación del riesgo creado y en otros casos habló del daño especial por el rompimiento del principio de igualdad antes las cargas públicas.***

La Sala en sentencia de 8 de noviembre de 2007⁷, sostuvo que la calificación de una actividad como "peligrosa" tiene incidencia para establecer el criterio de imputación aplicable en relación con los daños que se deriven de la misma, distinguiendo entre quienes ejercen la actividad y los terceros ajenos a ésta. En el primer caso, cuando quien ejerce una actividad peligrosa sufre un daño originado en ésta, la decisión sobre el derecho a ser indemnizado debe gobernarse en desarrollo de la tesis de la falla del servicio prestado"⁸.

De conformidad con lo anterior, el título objetivo de imputación es el que en principio resulta aplicable, en relación con los daños causados a terceros durante la ejecución de una obra pública, evento en el cual:

"[A] actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de la actividad riesgosa. Y de nada le servirá al demandado demostrar la ausencia de falla; para exonerarse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima".⁹

De igual manera, resulta pertinente reiterar lo afirmado por la Sala Plena de la Sección Tercera en sentencia del 19 de abril de 2012¹⁰, en torno a la aplicación de los títulos de imputación decantados por la jurisprudencia; en la providencia en comentó se consideró:

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero ponente Dr. MAURICIO FAJARDO GOMEZ, sentencia de 7 de junio de 2007, expediente: 76001-23-31-000-1996-02796-01(16089), Actor: Diana Lucía Pedraza y Otros, Demandado: Municipio de Cali

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 1999, Consejero ponente Dr. Daniel Suárez Hernández, expediente: 13540, Actor: Luis Cruz Delgado y otros, Demandado: Distrito Capital-Secretaría De Transito y Transporte-e Instituto de Desarrollo Urbano-Idu-

⁷ Sentencia de 8 de noviembre de 2007, Expediente 15967, Consejero Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2009. Expediente 16689. MP: Myriam Guerrero de Escobar.

⁹ Sentencia de 14 de junio de 2001, exp. 12.696; Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; sentencia de abril 27 de 2006, exp. 27.520; Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de abril de 2012, Exp. 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón.

229

"En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos "títulos de imputación" como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.

"En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia".

En este orden de ideas, es claro que por la naturaleza de la actividad generadora del daño, es pertinente dar estudio al caso aplicando el régimen de responsabilidad objetiva, como se expuso anteriormente.

6.7. Caso Concreto

6.7.1. Acervo probatorio

Así las cosas, para resolver el asunto que se somete a decisión judicial, se apreciarán las pruebas con relevancia que fueron aportadas al sub lite y que se relacionan de la siguiente manera:

- Copia del programa metodológico de la investigación adelantada por la Fiscalía 22 de Chiquinquirá (fls. 24-28).
- Copia del contrato de obra No. 001081 de 2009 celebrado entre el Consorcio Ecoaguas y el Departamento de Boyacá el 28 de agosto de 2009 el cual tenía por objeto construir la placa del puente sobre el río Upane en la Vía carrera Guazo Municipio de Maripi Departamento de Boyacá (fls.54-59). Documento del cual se resaltan los siguientes apartes:

"CLÁUSULA QUINTA: PLAZO.- EL CONTRATISTA SE COMPROMETE A ENTREGAR LAS OBRAS RELACIONADAS EN LA CLÁUSULA PRIMERA EN UN PLAZO DE SESENTA (60) DÍAS CALENDARIO, CONTADOS A PARTIR DE LA FIRMA DEL ACTA DE INICIACIÓN. PARÁGRAFO: ACTA DE INICIACIÓN DE OBRAS: ESTA SE HARÁ UNA VEZ LEGALIZADO EL PRESENTE CONTRATO, DENTRO DE LOS DIEZ (10) DÍAS HÁBILES SIGUIENTES, DEBERÁ DILIGENCIARSE Y SUSCRIBIRSE POR EL CONTRATISTA Y EL INTERVENTOR EL ACTA RESPECTIVA ADJUNTÁNDOLE EL PROGRAMA DE TRABAJO E INVERSIONES PRESENTADO EN SU PROPUESTA; TAL PROGRAMA DEBE EJECUTARLO A CABALIDAD Y EN ARMONÍA CON LOS DEMÁS DOCUMENTOS Y CLÁUSULAS CONTRACTUALES, DANDO CUMPLIMIENTO AL NUMERAL 13 DE LA RESOLUCIÓN NÚMERO 053 DEL 11 DE MARZO DE 1999. CLÁUSULA SEXTA: SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES: EL CONTRATISTA, SE COMPROMETE A CUMPLIR CON TODAS LAS LEYES LABORALES VIGENTES, (INCLUYENDO APORTES A SENA, CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR Y DEMÁS QUE CORRESPONDAN SEGÚN EL CASO) SIENDO DE SU CUENTA EXCLUSIVA EL PAGO DE TODOS LOS SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES DEL PERSONAL QUE EMPLEE EN LA EJECUCIÓN DEL OBJETO DE ESTE CONTRATO, YA QUE ES ABSOLUTAMENTE INDEPENDIENTE DEL DEPARTAMENTO Y ÉSTE NO ASUME RESPONSABILIDAD NI SOLIDARIDAD ALGUNA. PARÁGRAFO.- EL CONTRATISTA, SE COMPROMETE A TENER DEBIDAMENTE AFILIADO, AL PERSONAL QUE UTILICE EN LA EJECUCIÓN DEL OBJETO CONTRATADO, AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y PENSIÓN, RIESGOS PROFESIONALES Y PAGO DE PARAFISCALES. CLÁUSULA SEPTIMA.- RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA: EL CONTRATISTA, RESPONDERÁ AL DEPARTAMENTO POR LOS DAÑOS QUE LE CAUSE A LOS BIENES DEL MISMO Y/O DE TERCEROS, YA SEA POR RESPONSABILIDAD DIRECTA O DE SU PERSONAL, DE LOS SUBCONTRATISTAS, PROVEEDORES O PERSONAL DE ÉSTOS, RESARCIENDO LOS PERJUICIOS A SATISFACCIÓN DEL DEPARTAMENTO. IGUALMENTE EL CONTRATISTA ES RESPONSABLE DE LA EJECUCIÓN DEL OBJETO CONTRATADO HASTA LA ENTREGA FINAL Y RECIBO DEFINITIVO POR PARTE DEL DEPARTAMENTO Y SE OBLIGA A TOMAR LAS MEDIDAS QUE SEAN NECESARIAS PARA NO PONER EN PELIGRO LAS PERSONAS NI LAS COSAS, RESPONDIENDO POR LOS PERJUICIOS QUE SE CAUSEN POR NEGLIGENCIA U OMISIÓN".

- Copia del informe de interventoría de fecha 20 de agosto de 2009 (fls.116-117).
- Copia del oficio del 19 de agosto dirigido al representante legal del Consorcio Ecoaguas (fl.119).

- Copia del contrato de seguros póliza de responsabilidad civil extracontractual derivada del cumplimiento RCE contratos No. 39-40-101003975 (fls.192-198).
- Copia de las condiciones generales de la póliza de responsabilidad civil extracontractual forma E-RCE-001ª (fls199-204).
- Copia de las condiciones generales de la póliza de responsabilidad civil extracontractual forma E-RCE-001ª (fls.205-207).
- Copia del contrato de transacción celebrado el 12 de noviembre de 2009 entre el señor Fabio Rodrigo Molina Díaz y los señores julio Ernesto Rodríguez Bonilla y Luz Mery Abril (fls.223-225).
- Copia del Protocolo de necropsia No. 005-2009 realizado en la ESE Rafael Salgado del Municipio de Maripí Boyacá el 17 de agosto de 2009 al cuerpo de quien en vida respondía al nombre de Wilson Alirio Rodríguez Abril (fls. 32-39).
- Copia inspección técnica a cadáver de Wilson Alirio Rodríguez Abril de fecha 16 de agosto de 2009, en la cual se advierte (fls. 40-46).

Pruebas Testimoniales

Testimonio del señor **Alfonso Gualteros Forero** (fls. 177-180 Cuaderno Despacho Comisorio), expresó que trabajaba como celador en la obra que se estaba realizando en la quebrada la upanera, la cual delimita las veredas tocarrera o alto carrera, con la guazo del Municipio de Maripi, siendo a la vez contratado por el ingeniero Fabio Molina, para la construcción de la placa del puente sobre la quebrada el 16 de agosto de 2009. Señaló, que las vigas que sostenían las placas que se estaban fundiendo para la construcción del puente colisionaron, causando la muerte de Wilson Alirio Rodríguez Abril, sin embargo, previo al fatal accidente, dijo que con otro compañero le informaron al ingeniero que el puente se quería como caer, porque sentían que tambaleaba, no obstante lo anterior, el ingeniero no retiró a la gente de la obra. Agregó, que las personas que se encontraban trabajando en la construcción de la placa del puente, entre ellas Wilson Alirio Rodríguez Abril, fueron contratadas por el ingeniero Fabio Molina de forma verbal, quien era el que estaba dirigiendo la obra con el maestro Rojas, el día en que ocurrieron los hechos. Sostuvo, que el lugar donde ocurrió la catástrofe, no contaba con ningún tipo de señalización preventiva y tampoco se encontraba acordonado, con el fin de impedir el tránsito de personas ajenas a los trabajadores. Preciso, que el 16 de agosto de 2009, se presentó una creciente en la quebrada Upaneana botándose por encima de la estructura del puente, sin embargo la misma ocurrió con posterioridad al accidente. Puntualizó, diciendo que no se tomaron medidas de precaución para evitar accidentes en la construcción del puente.

- Declaración rendida por **José Armando Beltrán Murcia** (fls. 173-177 Cuaderno Despacho Comisorio), quien expresó: trabajaba como obrero en la construcción de la placa del puente sobre la quebrada upanera del Municipio de Maripi, fuera de la gente que ya estaba contratada, sin embargo, el 16 de agosto de 2009 contrataron a otros muchachos únicamente para ese día, porque era el último día de trabajo a quienes se les pago de a \$20.000. Agregó, que fue convocado para trabajar por el maestro Rojas y el ingeniero Fabio Molina, sin que se les exigiera seguro de vida o seguridad social para trabajar, sumado a que trabajan sin ningún tipo de seguridad. Así mismo dijo que el lugar donde ocurrió la catástrofe, no contaba con ningún tipo de señalización preventiva y tampoco se encontraba acordonado. Dijo, que el 16 de agosto de 2009, durante la construcción del puente se desplomo la madera y se partieron las vigas, ocasionándole la muerte a Wilson Alirio Rodríguez Abril, Guillermo Gualteros, Mauricio Garzón y dejando heridos a Julio Ernesto Rodríguez y Ángel Orjuela. Anotó que Wilson Alirio Rodríguez Abril, fue contratado por el ingeniero y el maestro para que trabajara en la obra, quien recibía órdenes de estos, al igual que los demás obreros y que la interventoría no se hizo presente. Finalmente, manifestó que el día en que ocurrieron los hechos no se presentó ninguna creciente en la quebrada y que no existían medidas de precaución para evitar un posible accidente, únicamente los mandaban a trabajar sin que les hicieran advertencias de seguridad.

- Testimonio del señor **Fabio Rodrigo Molina Díaz** (fls.247-249): manifestó que además de ser el Representante Legal del Consorcio Ecoaguas, hacía las veces de residente de obra y que se encontraba al frente de los trabajos sobre la quebrada del río Upaneana del Municipio de Maripi, adelantando la fundición de las vigas principales para el puente de la quebrada, cuando se dio

cuenta que la quebrada había alcanzado un volumen excesivo procedió a evacuar al personal que estaba trabajando para el consorcio, sin embargo, el volumen del agua levanto el soporte de la estructura ocasionando el desplome de esta, ocasionando la muerte de las personas que se mencionaron en la demanda. Resaltó, que en el momento de los hechos había muchas personas como espectadores, entre ellas la víctima, la cual no tenía ningún vínculo laboral con el Consorcio, así como de las demás personas que resultaron muertas en el accidente, por cuanto no las conocía. Agregó, que las obras de acceso estaban demarcadas con cinta de seguridad, pero al ser una área demasiada extensa era difícil controlar el acceso de la gente, ya que su función era asegurar el área y difícilmente podía ejercer una función policiva para evitar el ingreso de las persona al lugar por lo extenso de la obra y lo difícil de su topografía. Dijo, no estar seguro de la ubicación de las víctimas al momento del accidente y si estaban dentro o no del encerramiento demarcado con la cinta de seguridad, ya que su ocupación estaba centrada en la parte técnica de la obra. Indico, que tenía relación con la interventoría, porque ellos hacían seguimiento de la obra; sin embargo el día en que ocurrió la catástrofe el interventor no se encontraba, no obstante dos días antes se había hecho deliberación de obra para fundir la estructura. Dijo no estar seguro de haberle informado a la interventoría sobre el adelantamiento de las actividades, sin embargo indicó que si se ejecutó la supervisión. Menciona, que sin tener ningún vínculo contractual con Wilson Alirio Rodríguez, en un acto solidaridad y en consideración a que se encontraba adelantando trabajos contratados por el Departamento, hizo acuerdos económicos con la familia de Wilson con ocasión a su muerte. Sostuvo, que los trabajos adelantados fueron autorizados por la interventoría, ya que la obra se adelantaba conjuntamente con esta, sin embargo, no sabe las razones por las cuales el interventor del contrato, mediante oficio del 19 de agosto de 2009 lo requirió para que explicara las razones por las que se llevó a cabo la fundición de la placa sin su autorización. Finalmente, manifestó que la interventoría debía aprobar el plan detallado de trabajo y cronograma de actividades, previo al inicio de las obras, por lo cual que es de pleno conocimiento de esta las actividades a adelantar.

En cuanto a la copia de la investigación penal adelantada por la muerte del menor Wilson Alirio Rodríguez Abril y otros, es necesario precisar que el Código Contencioso Administrativo dispone, en materia de pruebas, que en los procesos seguidos ante esta Jurisdicción se aplicarán, en cuanto resulten compatibles con sus normas, las del Estatuto de Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración (art. 168). Por su parte, el artículo 185 de ese último Estatuto prevé que las pruebas trasladadas son apreciables, sin mayores formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella.

En este caso, lo primero que cabe anotar, es que el origen de la prueba que el demandante pretende trasladar hace parte de una investigación penal. El hecho de que se solicite simplemente copia de la investigación penal que se adelanta ante la Fiscalía, a título de prueba trasladada, de inmediato rompe con uno de los supuestos que permite que se traigan al proceso contencioso administrativo, en calidad de prueba trasladada el acervo probatorio recogido en el proceso penal, puesto que éste aún no transcurre, o por lo menos, así no lo indica la parte actora. Si hasta el momento, el material probatorio que ha recogido la Fiscalía no ha sido llevado ante el Juez, es decir, la prueba no se ha descubierto en el escenario del proceso penal, no puede hablarse de que ha sido practicada con audiencia de la parte contra quien se aduce, por lo cual, no podría tenerse en cuenta¹¹ en el curso de esta acción de reparación directa.

De otro lado, en la solicitud de prueba trasladada, no se dice exactamente qué medio probatorio es el que persigue que el Despacho tenga en cuenta ni se indica si es prueba documental, testimonial, si se trata de un dictamen pericial, una inspección judicial o de un interrogatorio de parte, ni tampoco se indica cuál es la pertinencia, utilidad o conducencia de la prueba.

Ahora bien, teniendo en cuenta que no hay partes –porque se trata solamente de la investigación penal-, es evidente que no van a coincidir con las partes dentro de este proceso, y más aún, que, si no se ha adelantado proceso penal, aún no se haya suplido el requisito de la contradicción¹².

En relación con la prueba trasladada del proceso penal, sostuvo el Consejo de Estado, Sección tercera, en Sentencia del 12 de febrero de 2012:

¹¹ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA Sala Primera de Oralidad Magistrado Ponente: ÁLVARO CRUZ RIAÑO - MEDELLÍN, FEBRERO VEINTISIETE (27) DE DOS MIL TRECE (2013).

¹² TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA Sala Primera de Oralidad Magistrado Ponente: ÁLVARO CRUZ RIAÑO - MEDELLÍN, FEBRERO VEINTISIETE (27) DE DOS MIL TRECE (2013).

“En cuanto al traslado de pruebas, esta Sección ha expresado que aquéllas que no cumplan con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil o que no hubieren sido solicitadas en el proceso contencioso administrativo por la parte contra la cual se aducen o no hubieren sido practicadas con audiencia de aquélla, no podrán ser valoradas en el primer proceso. También ha dicho la Sala que, en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hayan sido practicadas sin citación o intervención de alguna de ellas en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el contencioso administrativo, considerando que, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión. Aplicando tales criterios al presente asunto, encuentra la Sala que los escasos testimonios que obran en el proceso penal no podrán valorarse en el sub iudice, habida cuenta de que no fueron ratificados en este proceso y la solicitud de traslado del proceso penal no fue coadyuvada por la entidad demandada, la cual tampoco intervino en su práctica. En cuanto se refiere específicamente a la prueba documental y a los informes técnicos de dependencias oficiales que militan en el proceso penal, cuyo traslado solicitó la parte demandante, si bien no se agotaron las formalidades del traslado que cada medio de prueba exige, pues no se expidió providencia alguna que los incorporara formalmente al proceso ni se surtió el traslado de los mismos para garantizar el derecho de contradicción de la parte contra la cual se aducen, dicha irregularidad quedó saneada en aplicación del párrafo del artículo 140 del C.P.C. (...) la prueba documental y los informes técnicos de dependencias oficiales obran en copia auténtica y han permanecido a lo largo del proceso a disposición de las partes y nadie los tachó o manifestó inconformidad alguna, razón por la cual éstos serán apreciados con el valor legal que les corresponde”¹³.

Por lo anterior, concluye el Despacho que no hay lugar a valorar la prueba trasladada que obra en el expediente y que fue solicitada por el apoderado de la parte actora en la presente acción, por cuanto la misma no reúne los requisitos mínimos para que sea tenida en cuenta en el presente proceso.

6.8. Elementos de la Responsabilidad

6.8.1. Del daño antijurídico

El concepto del daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991¹⁴ hasta épocas más recientes¹⁵, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

Este concepto del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal, armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración¹⁶.

De igual manera y conforme a los lineamientos de la Corte Constitucional, el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”¹⁷.

En el caso bajo estudio, se tiene que el daño por el que se persigue indemnización devino del fallecimiento del Wilson Alirio Rodríguez Abril el cual ocurrió al colapsar la placa del puente que se estaba construyendo sobre el río Panea en la vía carrera Guazo del Municipio de Maripi.

En relación con el hecho constitutivo del daño que se predica en este caso, ha de decirse que se tendrá acreditado con el Registro Civil de Defunción del menor Wilson Alirio Rodríguez Abril, ocurrida el 16 de agosto de 2009, en el Municipio de Maripi (fl. 21).

¹³ SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil doce (2012). Radicación número: 76001-23-31-000-1996-03239-01(18966). Actor: MARIA JENNY SILVA IDROBO Y OTROS. Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de junio de 1991, C. P. Dr. Julio César Uribe Acosta, expediente 6454.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 6 de junio de 2007, C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, expediente N° 16460.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

201

En cuanto a las causas del deceso de conformidad con la copia del protocolo de necropsia que obra a folio 75 del anexo, se estableció que la muerte aconteció a raíz de diversas contusiones sufridas por Wilson Alirio. Así se describió en dicho documento:

“CONCLUSION. Adolescente, de sexo masculino, de edad cronológica de 16 años quien fallece por lesión en tallo encefálico secundario a fractura de base de cráneo desencadenada por trauma craneoencefálico severo y quien asociado presenta hemotorax izquierdo secundario a trauma cerrado de tórax, manera de muerte: muerte accidental no intencional. Causa: aplastamiento por colapso de estructura”.

Como consecuencia de lo anterior ha de entenderse que se encuentra acreditado el daño sufrido por los demandantes, en tanto una persona que pertenece a su núcleo familiar perdió la vida al Colapsar la placa del puente que se estaba construyendo sobre el rio panaa en la vía carrera guazo del Municipio de Maripí, siendo del caso analizar enseguida si dicho fallecimiento resulta imputable al Departamento de Boyacá.

6.8.2. Hecho riesgoso – realización de trabajos públicos

Las pruebas relacionadas en precedencia así como el contenido de las contestaciones de demanda y los alegatos de conclusión de las partes dan cuenta, que el Consorcio Ecoaguas en ejecución de contrato suscrito con el Departamento de Boyacá, se encontraba realizando en Municipio de Maripí para el día 16 de agosto de 2009, trabajos públicos, concretamente la fundición de la placa del puente ubicado sobre el rio Upane.

En estas condiciones, se colige que la obra pública tenía como objeto la prestación de un servicio público y se realizaba con instrumentos de propiedad del Consorcio Ecoaguas; para su beneficio y bajo el mando o supervisión del ingeniero Germán Tarcicio Mora Sandoval, funcionario de la Gobernación de Boyacá. Circunstancia que es fácilmente subsumible dentro de la esfera funcional de la demandada en el marco de la prestación del servicio de la realización de obras públicas, lo que impediría atribuir el evento al menor. Lo anterior se encuentra plenamente demostrado con el Contrato de obra 001081 de 2009 celebrado entre el Consorcio Ecoaguas, en calidad de contratante, y el Departamento de Boyacá, en calidad de contratista (fls.112-115), mediante el cual el primero se obliga con el segundo a la construcción de la placa del puente sobre el rio upane en la vía carrera guazo del Municipio de Maripí. El valor del contrato fue de \$94.758.319 y el plazo de 60 días calendarios, a partir del acta de iniciación que suscribieran las partes, adicionalmente, como interventor del contrato, se designó a German Tarcicio Mora Sandoval, cuyas funciones se indicaron en la cláusula décima del contrato.

Ahora, al tratarse de un tercero ajeno a la obra pública que se encontraba dentro de la zona de la obra en la cual se estaban manejando materiales pesados y peligrosos, es evidente que por parte del contratista se estaba desarrollando una actividad propia del cumplimiento del contrato suscrito con la administración y por lo tanto se sometió a un riesgo al menor afectado.

No hay duda que el accidente que se presentó en desarrollo del aludido trabajo público causó materialmente el deceso del menor Wilson Alirio Rodríguez Abril, aspecto frente al que debe puntualizarse no existió debate y que es plenamente acreditado por el acta de inspección al cadáver (fl. 40-46), que conceptuó en la cronotanatología como hipótesis de la muerte, un accidente en colapso de estructura puente (fl. 44), en cuanto a la descripción del lugar de la diligencia se encuentra que fue en campo abierto de difícil acceso, ubicándose el cuerpo a la orilla de la quebrada Upaneca, al ser sacado el cuerpo de la escena natural por los trabajadores de la obra; prueba que da certeza de que el fallecimiento del menor Wilson Alirio Rodríguez Abril obedeció al colapso del puente en construcción en el cual se encontraba la víctima.

Ahora bien, aunque bajo el título objetivo de responsabilidad que se analiza solo es necesario acreditar que la demandada desarrollaba efectivamente una actividad de riesgo y que éste tuvo materialización en una lesión a un bien jurídico tutelado, no puede perderse de vista que se encuentra por parte del Consorcio Ecoaguas el proceder con negligencia en la obra que se acometía, la cual sin duda, quedó demostrada.

En efecto, se advierte de la prueba testimonial que el personal no usaba los elementos necesarios y adecuados para su protección, que se contrataron miembros de la comunidad cuando no

estaban vinculados al Consorcio sin estar capacitados en el oficio, sometiéndolos a un riesgo de sufrir lesiones o muerte, adicionalmente se permitió que un menor de edad se encontrara en el sitio de la obra.

Estas omisiones del Consorcio, sin duda contrarían mínimos deberes de diligencia y cuidado que expusieron a los habitantes a condiciones de mayor riesgo respecto a la obra que se ejecutaba. Lo que se ofrece como un acto irresponsable y que en sí mismo exponía de forma imprudente a los trabajadores de la obra y transeúntes a una afectación de su integridad física.

Se reitera sin embargo, que el irregular comportamiento, capaz de constituir un defectuoso funcionamiento o falla del servicio no es de necesaria acreditación en el sistema de responsabilidad objetivo por riesgo excepcional que se analiza, sin embargo, ello no es óbice para hacer notar la presencia de actos de negligencia e imprudencia realizados por el Departamento de Boyacá y el Contratista Constructor, en el ánimo de prestar el servicio, agravaron los ya considerables riesgos que entraña el ejercicio de actividades de riesgo como la construcción de obras o el desarrollo de trabajos públicos.

6.8.3. Nexo de causalidad

En criterio de este Despacho, el daño, vale decir, la muerte del menor Wilson Alirio Rodríguez Abril ocurrida el 16 de agosto de 2009, es **imputable** de manera directa, exclusiva y determinante a la actividad riesgosa de realización de trabajos públicos que realizaba El Departamento de Boyacá por intermedio del Consorcio Ecoaguas en Municipio de Maripí.

Así es, pues allende la causa material de la muerte del menor Wilson Alirio Rodríguez Abril por lesión en tallo encefálico secundario a fractura de base de cráneo desencadenada por trauma craneoencefálico severo a causa del aplastamiento por el colapso de la estructura, es visible una causa jurídica¹⁸ imputable a dicha empresa como pasa a precisarse.

Memorase que al ejercer la accionada una actividad riesgosa, en principio todo daño que tenga su fuente en aquella, le es imputable *“En efecto, basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella”*¹⁹ y lo es porque como lo tiene dicho la doctrina²⁰ *“Quien introduce en el medio social un factor generador de riesgo potencial para terceros, se beneficie o no con él, debe soportar los detrimentos que el evento ocasione. Esto es una consecuencia justa y razonable del daño causado, que provoca un desequilibrio en el ordenamiento social y pone en juego el mecanismo de reparación”* al tiempo que la jurisprudencia tiene dicho que *“cuando el Estado, en cumplimiento de sus deberes y fines constitucionales y legales de servir a la comunidad y promover la prosperidad general... presta un servicio público utilizando recursos o medios que por su propia naturaleza generan un peligro eventual o un riesgo excepcional para la vida, la integridad o los bienes de los asociados, está llamado a responder por los daños que se produzcan cuando dicho peligro o riesgo se realice, por cuanto de no hacerlo estaría imponiendo a las víctimas, en forma ilegítima, una carga que vulneraría el principio constitucional de igualdad frente a las cargas públicas que están llamados a soportar todos los administrados, como contraprestación por los beneficios que les reporta la prestación de los servicios públicos”*²¹

Ahora, como bajo el régimen objetivo lo que se presume es la imputabilidad jurídica del resultado dañoso y de contera la responsabilidad por el daño, la demandada desarrolladora de la actividad

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera Consejo Ponente: Doctor Mauricio Fajardo Gómez sentencia de 28 de abril de 2010, expediente 25000-23-26-000-1995-00902-01(18646), citada: “Respecto de la causalidad como elemento de responsabilidad del Estado, en casos similares al que hoy se analiza, la Sala ha sostenido¹⁸: “Más allá de la compleja cuestión relacionada con la identificación de los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991¹⁶, incluso frente a supuestos que han dado lugar a comprensiones —al menos en apariencia— dispares en relación con dicho extremo¹⁸, la Sala ha reconocido que con el propósito de dilucidar si procede, o no, declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en cualquier supuesto concreto, resulta menester llevar a cabo tanto un análisis fáctico del proceso causal que, desde el punto de vista ontológico o meramente naturalístico, hubiere conducido a la producción del daño, como un juicio valorativo en relación con la posibilidad de imputar o de atribuir jurídicamente la responsabilidad de resarcir el perjuicio causado a la entidad demandada; dicho en otros términos, la decisión judicial que haya de adoptarse en torno a la responsabilidad extracontractual del Estado en un caso concreto debe venir precedida de un examen empírico del proceso causal que condujo a la producción del daño, de un lado y, de otro, de un juicio, a la luz de los diversos títulos jurídicos de imputación aplicables, en torno a la imputabilidad jurídica de dicho daño a la entidad demandada. En consecuencia, no debe desdeñarse la importancia de precisar con mayor rigor, en el plano jurídico del Derecho de Daños¹⁹, el concepto filosófico de *causa*¹⁸, toda vez que en esta parte del universo del Derecho dicha noción “no se trata para nada de causa y efecto, en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como **fundamento jurídico suficiente** para la atribución de consecuencias jurídicas, o sea de la relación de fundamento a consecuencia.”¹⁸ (Negritas del texto original).

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de junio de 2001, expediente 12.696, C.P. Alier Hernández Enriquez. Posición jurisprudencial reiterada en sentencia del 23 de abril del 2008, expediente 16.235.

²⁰ PIZARRO, Ramón Daniel “Responsabilidad Civil por el riesgo o vicio de las cosas”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1983, págs. 38 y 43. Cita contenida en la sentencia de 28 de abril de 2010, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el expediente 25000-23-26-000-1995-00902-01(18646), con ponencia del Consejo, Doctor MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de marzo de 2001, exp. 11.162, MP. Alier E. Hernández Enriquez.

peligrosa, sólo podría exonerarse si rompe el nexo causal, demostrando que la causa eficiente y determinante del resultado no fue la actividad de riesgo que ejecutaba, sino la intervención causal de la víctima, de un tercero o la fuerza mayor.

Al revisar el paginarlo, principalmente la contestación de la demanda, el Juzgado advierte que en tal sentido se propuso el hecho de un tercero y el hecho de la víctima, supuestamente, el primero porque el Consorcio Ecuaguas en su calidad de contratista contrarió una orden expresa de la Interventoría cual era la de iniciar la actividad de fundición de las vigas principales del puente y el segundo por concurrir voluntariamente a instalarse sobre la base del puente.

6.9. Eximentes de Responsabilidad

6.9.1. Hecho de un tercero

En relación con los presupuestos necesarios para la configuración de las denominadas causales de exoneración de responsabilidad, el Consejo de Estado ha dicho:

“Las tradicionalmente denominadas causales eximentes de responsabilidad -fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima- constituyen eventos que dan lugar a que devenga jurídicamente imposible imputar, se insiste, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo. En relación con todas ellas, tres son los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha señalado como necesaria para que proceda admitir su configuración: (i) su irresistibilidad; (ii) su imprevisibilidad y (iii) su exterioridad respecto del demandado, extremos en relación con los cuales la jurisprudencia de esta Sección ha sostenido lo siguiente:

“En cuanto tiene que ver con (i) la irresistibilidad como elemento de la causa extraña, la misma consiste en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo —pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (artículo 64 del Código Civil) algunos de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados—.

Por lo demás, si bien la mera dificultad no puede constituirse en verdadera imposibilidad, ello tampoco debe conducir al entendimiento de acuerdo con el cual la imposibilidad siempre debe revestir un carácter sobrehumano; basta con que la misma, de acuerdo con la valoración que de ella efectúe el juez en el caso concreto, aparezca razonable, como lo indica la doctrina:

«La imposibilidad de ejecución debe interpretarse de una manera humana y teniendo en cuenta todas las circunstancias: basta que la imposibilidad sea normalmente insuperable teniendo en cuenta las condiciones de la vida»²².

En lo referente a (ii) la imprevisibilidad, suele entenderse por tal aquella circunstancia respecto de la cual “no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia”²³, toda vez que “[P]rever, en el lenguaje usual, significa ver con anticipación”²⁴, entendimiento de acuerdo con el cual el agente causante del daño sólo podría invocar la configuración de la causa extraña cuando el hecho alegado no resulte imaginable antes de su ocurrencia, cuestión de suyo improbable si se tiene en cuenta que el demandado podría prefigurarse, aunque fuese de manera completamente eventual, la gran mayoría de eventos catalogables como causa extraña antes de su ocurrencia, más allá de que se sostenga que la imposibilidad de imaginar el hecho aluda a que el mismo jamás hubiera podido pasar por la mente del demandado o a que éste deba prever la ocurrencia de las circunstancias que resulten de más o menos probable configuración o a que se entienda que lo imprevisible está relacionado con el conocimiento previo de un hecho

²² Nota original en la sentencia Citada: ROBERT, André, Les responsabilites, Bruselas, 1981, p. 1039, citado por TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de responsabilidad civil, cit., p. 19.

²³ Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 noviembre de 1989, Jurisprudencia y Doctrina, tomo XIX, Bogotá, Legis, p. 8.

²⁴ Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 mayo de 1936, Gaceta Judicial, tomo XLIII, p. 581.

de acaecimiento cierto.

Sin embargo, el carácter imprevisible de la causa extraña también puede ser entendido como la condición de "imprevisto" de la misma, esto es, de acontecimiento súbito o repentino, tal y como lo expresan tanto el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, como el artículo 64 del Código Civil²⁵ y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la cual "[l]mprevisible será cuando se trate de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia"²⁶. La recién referida acepción del vocablo "imprevisible" evita la consecuencia a la cual conduce el entendimiento del mismo en el sentido de que se trata de aquello que no es imaginable con anticipación a su ocurrencia, toda vez que esta última comprensión conllevaría a que la causa extraña en realidad nunca operase, si se tiene en cuenta que prácticamente todos los sucesos que ocurren a diario ya han sido imaginados por el hombre.

No está de más señalar, en cualquier caso, que la catalogación de un determinado fenómeno como imprevisible excluye, de suyo, la posibilidad de que en el supuesto concreto concorra la culpa del demandado, pues si éste se encontraba en la obligación de prever la ocurrencia del acontecimiento al cual se pretende atribuir eficacia liberatoria de responsabilidad y además disponía de la posibilidad real y razonable de hacerlo, entonces los efectos dañinos del fenómeno correspondiente resultarán atribuibles a su comportamiento culposo y no al advenimiento del anotado suceso. Culpa e imprevisibilidad, por tanto, en un mismo supuesto fáctico, se excluyen tajantemente.

Así pues, resulta mucho más razonable entender por imprevisible aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia. En la dirección señalada marcha, por lo demás, la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha matizado la rigurosidad de las exigencias que, en punto a lo "inimaginable" de la causa extraña, había formulado en otras ocasiones:

(...)

Y, por otra parte, en lo relacionado con (iii) la exterioridad de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultar ajeno jurídicamente, pues más allá de sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración —al menos con efecto liberatorio pleno— de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada"²⁷.

Por otra parte, a efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder -activo u omisivo- de aquélla tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores respecto de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima no sólo sea causa del daño, sino que constituya la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, pues

²⁵ Nota original en la sentencia Citada: Cuyo tenor literal es el siguiente: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc".

²⁶ Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 26 de enero de 1.982, Gaceta Judicial, tomo CLXV, p. 21.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, Expediente No. 16.530.

233

en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, su reparación estará rebajada en proporción a la participación de la víctima²⁸²⁹.

De tiempo atrás la jurisprudencia del Consejo de Estado ha puntualizado que es posible imputar a las entidades estatales el daño causado por el hecho de sus contratistas, puesto que se tiene suficientemente establecido y jurisprudencialmente averiguado que cuando la Administración contrata a un tercero para la ejecución de una obra a través de la cual va a prestar un servicio público, es tanto como si la referida entidad la ejecutara directamente.

En este sentido, el Consejo de Estado ha manifestado:

"De tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala ha venido reiterando la posibilidad de imputar a las entidades estatales el daño causado por el hecho de sus contratistas, en el entendido de que la actividad realizada por éstos en ejecución de convenio celebrado con una entidad pública, debe ser analizada como si hubiere sido desplegada directamente por ésta a efectos de establecer si debe deducirse responsabilidad extracontractual al Estado.

En tal sentido, ya desde la sentencia proferida el 9 de octubre de 1985³⁰, esta Corporación expresó:

«Fueron unánimes tanto la doctrina extranjera como la nacional, así como la jurisprudencia, en sostener que el trabajo no dejaba de ser público por el hecho de que lo ejecutara un contratista particular a nombre de la entidad pública. En sentencia de 20 de marzo de 1956, esta Corporación destacó entre los elementos tipificantes de esos trabajos públicos que éstos fueran efectuados por cuenta del Estado, "ya directa o indirectamente" y que el trabajo tuviera una finalidad de interés público o social.

No tendría sentido alguno la afirmación de que cuando esa indemnización se refiera a daños en la propiedad inmueble o a su ocupación transitoria, la persona responsable pueda ser la entidad pública así haya ejecutado directamente el trabajo o a través de un contratista suyo, pero cuando la lesión recaiga en otros derechos de mayor significación (la vida o la integridad personal, por ejemplo) sólo responde por lo que haga directamente. Lo planteado carecería de significación ética. Además, donde existe la misma razón debe existir similar disposición, según enseña una regla de interpretación racional.

Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de la obra; su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece, la más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración, sin que por eso pierda la actividad el carácter de público, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de servicio. La colaboración en el caso de obra pública no vuelve privada esa actividad, como no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación cuando es voluntaria, caso del cocontratante de la administración cuya actividad tienda a la prestación o ejecución de un servicio público, hace a este particular partícipe ocasional de la función pública no en calidad de agente o funcionario sino como un órgano más de la gestión estatal.

En otros términos: El contratista de una obra pública no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo; es ella misma la que actúa. Hay aquí una ficción de orden legal. Ni siquiera puede hablarse que la entidad contratante responda en forma indirecta por el hecho del contratista. No, la responsabilidad es simplemente directa, así como lo es la responsabilidad estatal por el hecho de un funcionario o empleado público.

²⁸ En la anotada dirección, ha sostenido la Sala: "El hecho de la víctima, al decir de los hermanos Mazeaud, sólo lleva "consigo la absolución completa" cuando "el presunto responsable pruebe la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. Si no se realiza esa prueba, el hecho de la víctima, cuando sea culposo y posea un vínculo de causalidad con el daño, produce una simple exoneración parcial: división de responsabilidad que se efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima. Henri y León Mazeaud, Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1960, pags. 332 y 333". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de mayo dos (02) de dos mil siete (2007); Expediente número: 190012331000199800031 01; Radicación: 24.972.

²⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de mayo de 2009. Expediente. 17196.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; sentencia de octubre nueve (9) de mil novecientos ochenta y cinco (1985); Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramiño; Referencia: Expediente N°. 4556; Actora: Gladys Mamby de Delgado.

No puede olvidarse que no obstante que todo comportamiento o conducta estatal es obra de un servidor público, en principio, el Estado es el responsable de las consecuencias dañosas de ese comportamiento. Responsabilidad que en todos los casos es directa, no indirecta, a pesar de que el perjuicio se haya producido por la actuación de una persona vinculada a la administración, la que no es propiamente un mandatario o representante del Estado, sino órgano suyo, integrante en esta calidad de la estructura misma del ente estatal. Por tal motivo la conducta o actuación de dicha persona es la conducta o actuación del Estado mismo. De allí que sostenga la doctrina que sería un contrasentido hablar de responsabilidad indirecta, pues los servidores públicos no son terceros respecto del Estado, sino partes del mismo, ejecutores de la actividad estatal, la que no se concibe sino a través de las acciones u omisiones de las interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece, la más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración, sin que por eso pierda la actividad el carácter de público, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de servicio. La colaboración en el caso de obra pública no vuelve privada esa actividad, como no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación cuando es voluntaria, caso del cocontratante de la administración cuya actividad tienda a la prestación o ejecución de un servicio público, hace a este particular partícipe ocasional de la función pública no en calidad de agente o funcionario sino como un órgano más de la gestión estatal.

Es frecuente observar que en los contratos de obra pública se pacte que el contratista será el responsable de los daños a terceros; pero esto no quiere decir que la administración no responda frente a éstos» (subrayas fuera del texto original)³¹³².

Conforme a las anteriores consideraciones, el hecho de que la construcción de la placa del puente sobre el río Upane en la vía carrera Guazo del Municipio de Maripí estuviese a cargo de particulares y no directamente de servidores públicos de la planta de personal de la Entidad Territorial demandada, no deja de hacer responsable al Estado por los daños antijurídicos que se causen a raíz de la construcción de las obras públicas en dichas condiciones materializadas, puesto que la referida ejecución fue acometida por cuenta del Departamento en mención.

Adicionalmente, es necesario indicar que no es de recibo el argumento planteado por el apoderado de Departamento tendiente a indicar que fue el Contratista quien desobedeció la orden de no fundir la placa, ya que una vez revisado el expediente, no obra prueba que demuestre dicha decisión por parte de la administración, y el único documento que da cuenta de ello fue posterior a que sucediera el accidente en el que perdió la vida el menor Wilson Alirio Rodríguez Abril.

6.9.2. Culpa exclusiva de la víctima

Como ya se dijo, no todo hecho de la víctima produce la consecuencia de eximir de responsabilidad al Estado, es imperativo que se reúnan los siguientes requisitos para que se configure una relación causal única, exclusiva y determinante entre el hecho de la víctima y el daño:

1. La intervención de la víctima ha de ser súbita, repentina y por lo mismo, imprevisible.
2. La intervención de la víctima debe ser irresistible, generando un resultado imposible de evitar.
3. El hecho de la víctima debe ser exterior y ajeno al demandado y por lo mismo, que no se predique respecto a la accionada el deber jurídico de responder por él.

Con todo, la configuración del hecho exclusivo de la víctima como eximente de responsabilidad no se edifica única y exclusivamente o por sí sola, en el incumplimiento de normas jurídicas por más reproche que esto merezca, puesto que, para que ello sea así, se requiere probar que la conducta de la víctima sea tanto la causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir que se trate de la causa adecuada, al tiempo que se impone acreditar su irresistibilidad, su imprevisibilidad y su exterioridad respecto del demandado.

En el presente caso se desconocen las circunstancias específicas de ocurrencia del accidente

³¹ En similar dirección puede verse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de trece (13) de febrero de dos mil tres (2003); Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación número: 66001-23-31-000-1994-2605-01(12654); Actor: María Luciola Montenegro Calle y otros; Demandado: Municipio de Pereira.

³² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 7 de junio de 2007. Expediente: 16089.

materia de este proceso, dado que si bien los testigos estuvieron en la obra en la que ocurrió el accidente, no dan cuenta del momento exacto en que ocurrió el fatal suceso, motivo por el cual no es posible establecer la participación del menor en el accidente sufrido y con ello si la conducta de la víctima fue finalmente la causa adecuada del daño, ausencia probatoria que impide tener por configurada la ocurrencia de una causa extraña alguna, en especial del hecho exclusivo de la víctima.

Se agrega, además, como ya se expuso, que para que opere alguna causa de exoneración de responsabilidad –incluidas por su puesto la culpa exclusiva de la víctima- en el supuesto de hecho correspondiente no debe concurrir la culpa del demandado –entiéndase en el presente caso una falla en el servicio-, puesto que, en este caso, los efectos dañinos resultarán atribuibles a su comportamiento culposo, toda vez que quedó demostrado que el lugar donde ocurrió el suceso no contaba con ningún tipo de señalización preventiva que advirtiera a la gente de la obra que se estaba adelantando, tal como lo manifestaron los testigos en su declaración, incluso el mismo ingeniero de la obra, quien señaló que estaba acordonada solo con una cinta de seguridad sin que pudiera controlar el acceso de la gente y ejercer una función policiva para evitar el ingreso de las persona al lugar por lo extenso de la obra y lo difícil de su topografía. Circunstancia que no es de recibo por parte del Despacho, toda vez que el contratista debió prever tal suceso por la magnitud de la obra que se estaba ejecutando. En estas condiciones en el caso de autos es palpable el incumplimiento en el deber de adoptar las medidas necesarias, suficientes y eficaces para advertir a las personas acerca del riesgo y peligro que implicaba la construcción de la obra objeto del contrato No. 001081 de 2009.

Aunado a lo anterior, observa el Despacho que no existe certeza acerca si el interventor de la obra tenía conocimiento de la las actividades que se iban a realizar el día en que sucedieron los hechos, sumado a que no se encontraba en el momento del suceso. Evento que fue manifestado por el contratista y por el señor José armando Beltrán Murcia en sus declaraciones, faltando así a la obligación de vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, obligación que estaba expresamente estipulada dentro del clausulado del contrato No. 001081 de 2009 así :

"(...) CLAUSULA DECIMA: INTERVENTORIA: La vigilancia y control de la Obra será ejercida por el Departamento mediante el Interventor que designe la SECRETARIA DE INFRAESTRUCTURA PUBLICA o en su defecto el que el Departamento contrate para tal fin. PARAGRAFO: EL INTERVENTOR verificará que todos los trabajadores que laboren en la ejecución del presente contrato se encuentren afiliados al sistema de seguridad social (Decreto 2474 de 2008). CLÁUSULA DECIMA PRIMERA: MATERIALES: EL CONTRATISTA se obliga a mantener en el sitio de la obra todos los materiales para la correcta ejecución de la misma de acuerdo a las especificaciones. PARAGRAFO.- EL CONTRATISTA organizará sus trabajos y adoptará las precauciones suficientes para asegurar la protección del público y de los trabajadores de la obra y reducirá los riesgos y peligros a que estos queden expuestos, se obliga por cuenta y a su riesgo a suministrar, colocar y mantener en el sitio de la obra una valla de información, según el tamaño que se indique de acuerdo con las instrucciones y modelos establecidos por el Departamento, para instalar la valla el contratista tendrá un plazo de veinte (20) días contados a partir de la firma del acta de iniciación de obra (...)"

Así las cosas, se concluye que en el presente caso no se dan los presupuestos que configuren la culpa exclusiva de la víctima, como causa de exoneración de responsabilidad de los entes demandados.

6.10. Concurrencia de culpas

En relación con la figura de la concausa, el Consejo de Estado ha sostenido que el comportamiento de la víctima que habilita al juzgador para reducir el *quantum* indemnizatorio (art. 2.357 Código Civil³³) es aquel que contribuye, **de manera cierta y eficaz**, en la producción del hecho dañino, es decir cuando la conducta de la persona participa en el desenlace del resultado, habida consideración de que la víctima **contribuyó realmente** a la causación de su propio daño³⁴. Al respecto el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ha señalado:

"b.4. Como para el Tribunal la conducta de la víctima tuvo participación eficiente, más no única,

³³ "Artículo 2357. La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".

³⁴ Sentencias del 13 de septiembre de 1999, exp. 14.859, del 10 de agosto de 2005, exp. 14.678. M.P. María Elena Giraldo Gómez y del 17 de marzo de 2010, exp. 18.567.

en la producción y para los demandantes ello no es así jurídicamente, se estudiará con mayor precisión ese punto, porque de ser así como lo concluyó el a quo habría lugar a que en la apreciación del daño éste estuviera sujeto a reducción. Al respecto el Código Civil enseña: "**Artículo 2.357.** La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".

Sobre este particular la Sala precisa que el comportamiento de la víctima que habilita al juzgador para reducir el quantum indemnizatorio, como lo señala el citado artículo 2.357 Código Civil, es el que contribuye en la producción del hecho dañino (concausa); es decir, cuando la conducta de la persona dañada participa de manera cierta y eficaz en el desenlace del resultado fatal. Se hace esta afirmación en atención a que no es de recibo a términos del artículo 90 de la Constitución Política, reducir los alcances de la cláusula general de cobertura de responsabilidad, so pretexto de meras conductas culposas, que no tienen **incidencia causal** en la producción del daño, pues por esa vía se reduciría el sentido y el alcance del valor normativo, contenido en dicho precepto constitucional. Téngase en cuenta que tratándose de la responsabilidad patrimonial del Estado, una vez configurados los elementos estructurales de ésta - **daño antijurídico, factor de imputación y nexos causal** -, la conducta del dañado solamente puede tener relevancia como factor de aminoración del quantum indemnizatorio, a condición de que su comportamiento tenga las notas características para configurar una **co causación del daño**. En esta dirección puede sostenerse que no es de recibo el análisis aislado o meramente conjetural de una eventual imprudencia achacable a la víctima, si la misma no aparece ligada co - causalmente en la producción de la cadena causal.

Bien se ha dicho sobre el particular que la reducción del daño resarcible, con fundamento en el concurso del hecho de la víctima, responde a una razón de ser específica, cual es que la víctima haya contribuido realmente a la causación de su propio daño, caso en el cual esa parte de perjuicio **no deviene antijurídico** y por ende no tiene la virtud de poder ser reconducido al patrimonio de quien se califica de responsable. Por consiguiente, cuando hay derecho a la disminución, ésta ha de analizarse en función de la **relación de causalidad**, que es el ámbito propio en donde tiene operancia dicho elemento **con causal** y no en el denominado plano de la compensación de culpas³⁵.

De estudio del expediente, se infiere que el hecho probado imputable a la administración consistió en la carencia de las medidas de seguridad normalmente dispuestas en una obra con el propósito de impedir el tránsito de personas cerca a las zonas intervenidas durante su ejecución, pues resulta innegable que dentro de ella pueden existir factores de riesgo que ameritan el aislamiento o la advertencia a terceros de mantenerse alejados para evitar accidentes, sin embargo, en el caso específico, resulta evidente que la construcción de un puente, requería no sólo del cercamiento con cinta de seguridad sino de una señalización de advertencia y la disposición de elementos que obstaculizaran o impidieran acceder con facilidad al lugar donde se hallaba la obra, pues de no hacerlo, la probabilidad de convertirse ese lugar en una trampa mortal sería considerablemente alta, máxime tratándose de menores de edad que por su misma condición no tienen la capacidad de discernimiento suficiente para determinar con claridad lo que puede representar o no un mayor peligro para su integridad personal, así, ante la inquietud, e ignorancia experimental de un menor de 16 años no basta con una simple cinta de encerramiento, lo cual resulta fútil respecto de su propósito preventivo.

Indiscutiblemente, las circunstancias anteriormente indicadas contribuyeron en gran medida a la producción del hecho dañoso, mas no determinó su ocurrencia en forma total, pues respecto de los padres del fallecido igualmente se predica responsabilidad por la ocurrencia de su muerte debido a que incumplieron su deber de cuidado y en ese punto concurre la culpa tanto de las entidades demandadas como de los padres, a cargo de quienes, como se indicó, se encontraba el cuidado personal del menor de conformidad con las reglas del Código Civil Colombiano (artículos 253 y 2346).

Por lo tanto, considera el Juzgado que se deberá reducir la indemnización a título de concurrencia de culpas en un veinte por ciento (20%). Reducción que se hará al momento de pronunciarse el Despacho sobre los perjuicios que se deben pagar a los demandantes.

6.11. Responsabilidad de Seguros del Estado S.A.

En este punto es necesario indicar que la víctima tiene acción directa contra el asegurador (art. 1133 del C.Co.), no obstante a condición de que acredite dos componentes: i) La existencia de

³⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2002. Expediente: 13050. MP: María Elena Giraldo.

un contrato de seguro que ampare el riesgo materializado y ii) La responsabilidad del asegurado. En tal sentido la jurisprudencia ha señalado³⁶:

"(...) Así las cosas, este preámbulo permite deducir, grosso modo, los presupuestos principales de la efectividad de la acción directa conferida al perjudicado frente a la compañía, destinada a obtener la realización de los mencionados y actuales fines del seguro, y que se integran, primeramente, por la existencia de un contrato cuya cobertura abarque la responsabilidad civil en que pueda incurrir el asegurado, acompañada, en segundo término, de la acreditación de la "responsabilidad del asegurado" frente a la víctima, así como la de su cuantía, esto es, del hecho que a aquél sea atribuible la lesión producida, a voces del citado artículo 1133 del Código de Comercio....(...)...de lo que se desprende nítidamente que la responsabilidad civil del asegurado actúa como presupuesto de la obligación resarcitoria del asegurador ..."

En opinión del Despacho, en el proceso no se cumple con las condiciones exigidas.

Así es, pues la compañía de seguros aceptó haber suscrito con el Consorcio Ecoaguas la póliza de responsabilidad civil No. 39-40-101003975 de fecha 1 de junio de 2009, cuyo beneficiario era el Departamento de Boyacá y/o terceros afectados, cuyo objeto era garantizar la responsabilidad civil extracontractual derivada del contrato No. 001081 de 2009 referente a la construcción de la placa del puente sobre el río Upane en la vía carrera Guazo Municipio de Maripi en el Departamento de Boyacá; póliza que fue prorrogada en cuanto a su vigencia y valor asegurado de la garantía según modificatorio y adicional No. 01 del contrato de obra. En tal virtud Seguros del Estado S.A. arrimó al proceso las pólizas, sus modificaciones y condiciones generales.

En estas pólizas visibles a folios 192-198 funge como asegurador Seguros del Estado S.A.; tomador Consorcio Ecoaguas y asegurado Gobernación de Boyacá (art. 1037 C.Co) y se cumplen con los elementos esenciales del negocio (art. 1045 ejusdem), habida cuenta que se ampara como interés asegurable el patrimonio del ente territorial; aparece como riesgo asegurable el virtual compromiso de su responsabilidad extracontractual producto de la construcción de obras civiles y edificios. Se pactó así mismo una prima de seguro y refulge la obligación condicional del asegurador de pagar la cantidad de cincuenta millones de pesos (\$9'475.931.90) ante la realización del riesgo; todo ello en el contexto dispositivo de las condiciones generales y exclusiones y en una vigencia temporal prevista entre el 1 de junio de 2009 y el 10 de septiembre de 2010.

Analizado el cubrimiento contenido en la póliza 39-40-101003975 anexo 1 (fs. 193), como sus condiciones generales y exclusiones (E-RCE-001A y E-RCE-002A), el Juzgado advierte que se aprecian como exclusiones las siguientes:

- "1.2.1. LOS PERJUICIOS MORALES
- 1.2.2. LOS PERJUICIOS POR LUCRO CESANTE
- (...)
- 1.2.6.2. LABORES DE CONSTRUCCIÓN O DEMOLICIÓN DE EDIFICIOS O INSTALACIONES O DESMONTE DE MAQUINARIAS, A NO SER QUE TALES ACTIVIDADES CONSTITUYAN EL GIRO NORMAL DE LOS NEGOCIOS DEL ASEGURADO.

Visto lo anterior, encuentra el despacho que las condiciones de modo, lugar o tiempo en que tuvo lugar el siniestro, no configuran la cobertura del daño deprecado en la presente demanda, de conformidad con las causales de exclusión consagradas en el clausulado de condiciones generales y exclusiones aportado al proceso (fs. 199-207).

Por lo tanto, no habrá de declararse la obligación de Seguros del Estado S.A., de pagar los perjuicios causados a los demandantes hasta la concurrencia del importe de la suma asegurada ya referida, por cuanto, no le asiste al Departamento de Boyacá el derecho a reclamar el pago de un riesgo que no fue amparado por el contrato de seguro.

6.12. PERJUICIOS

6.12.1. Perjuicios Morales

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Doctor CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE, sentencia de 10 de febrero de 2005, expediente No. 7173. También, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Doctor JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR, sentencia de 9 de agosto de 2010, expediente: C-1100131030432004-00524-01.

Esta especie de perjuicio inmaterial consiste en la afectación emocional, el sufrimiento y la congoja que deprime y hace padecer la sensibilidad humana, es el “*pretium doloris*”. Respecto a este tipo de perjuicios, ha aceptado la jurisprudencia, que existe dificultad a la hora de tasarlos, pues las situaciones particulares de cada persona y la naturaleza de cada perjuicio involucran en dicho juicio de valor, elementos de análisis que en la mayoría de los casos son de tipo eminentemente subjetivo.

En torno al reconocimiento de perjuicios morales como consecuencia de lesiones el Consejo de Estado precisó:

“...que respecto de la indemnización por perjuicios morales en casos de lesiones, la Sección Tercera había considerado que, para efectos del reconocimiento de dicho perjuicio era necesario diferenciar el tipo de lesión –grave o leve– con el fin de establecer una presunción de carácter probatorio para acceder a la indemnización. [...] En varias oportunidades y, con fundamento en dicha posición, se afirmó que cuando la lesión fuese de aquellas graves, los parientes cercanos de la víctima estaban obligados a demostrar la gravedad de la lesión y el parentesco, para que se pudiera inferir que padecieron el perjuicio moral; y que, en los casos en que la lesión fuese leve, los parientes cercanos tenían la carga de acreditar la lesión, el parentesco y la congoja o tristeza que sufrieron, dado que sin esas pruebas resultaba imposible inferir el padecimiento moral de los familiares cercanos. En todo caso, en ambos eventos, el directamente lesionado tenía derecho a la indemnización por concepto de perjuicios morales, en consideración a que fue quien sufrió directamente el impacto de la lesión.

Esa posición varió y mediante sentencia del 16 de octubre de 2008, la Sala consideró que no hay lugar a diferenciar por razón del tipo de lesión a efecto de reconocer los perjuicios morales, sino que el efecto útil de dicha diferenciación recae en el grado de intensidad del daño y cobra relevancia en la graduación del monto de la indemnización, más no en la prueba del perjuicio como tal. En esa oportunidad, la Sala abandonó la tesis según la cual la presunción del perjuicio dependía de la intensidad de la lesión y acogió la posición descrita, según la cual, hay lugar al reconocimiento de perjuicios morales en los eventos de lesiones corporales, sin importar si son graves o leves:

[...] Así las cosas, la Sala recoge la tesis que entendía que la presunción por perjuicios morales dependía de la intensidad de la lesión, para en cambio señalar mayoritariamente que la presunción para los perjuicios morales opera en los eventos de lesiones corporales sin importar que éstas sean graves o leves...”³⁷. (Negrilla y subrayas fuera de texto).

Ahora, en ocho sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado fijó los toques indemnizatorios correspondientes al daño moral, entre ellos los causados como consecuencia de lesiones, en cuanto al resarcimiento de este perjuicio en caso de muerte se dijo³⁸:

“A fin de que en lo sucesivo, se indemnicen de manera semejante los perjuicios morales reclamados por la muerte de una persona, como en el presente caso, la Sala, a manera de complemento de lo decidido en la sentencia mencionada en el párrafo que antecede, decide unificar su jurisprudencia sobre el particular, a partir del establecimiento de cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa del daño o causante y quienes acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas; así:

Nivel 1. *Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno – filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 SMLMV.*

Nivel 2. *Se refiere a la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (hermanos, abuelos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.*

Nivel 3. *Abarca la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.*

³⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, sentencia del 16 de octubre de 2008, Expediente No. 17486, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Reiterada entre otras por la sentencia de noviembre 19 de 2008, Expediente No. 28259, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

³⁸ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 73001233100020010041801 (27709), M.P. Carlos Alberto Zambrano.

Nivel 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

La siguiente tabla recoge lo expuesto:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Regla general en el caso de muerte	Relación afectiva conyugal y paterno – filial	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 3er de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil.	Relación afectiva no familiar (terceros damnificados)
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5, deberá ser probada la relación afectiva."

Pues bien, atendiendo los parámetros anteriores y como en este caso se encuentra acreditado, con la aportación del registro civil de nacimiento de Wilson Alirio Rodríguez Abril, que Luz Mery Abril y Julio Ernesto Rodríguez Bonilla eran sus padres, el Despacho, teniendo en cuenta los topes sugeridos por el Consejo de Estado para estos eventos, accederá al reconocimiento del perjuicio deprecado.

Así las cosas, se condenará a la demandada Departamento de Boyacá a pagar a Luz Mery Abril y Julio Ernesto Rodríguez Bonilla, por ese perjuicio, la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno, toda vez que el representante legal del Consorcio Ecoaguas, ya transó con estos dicho perjuicio, operando frente a este y con respecto a estos demandantes el fenómeno de cosa juzgada.

Ahora, en virtud de la reducción de la indemnización por concurrencia de culpas equivalente al 20% de los perjuicios declarados, los topes bajo los cuales se debería indemnizar el perjuicio moral que, en el caso de los padres correspondería a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el caso del hermanos y los abuelos, se convertirán en cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes como se dispondrá en la parte resolutive de este fallo.

Precisando que el Departamento de Boyacá en virtud de lo previsto en el artículo 7° de la Ley 80 de 1993, deberá repetir contra el consorcio condenado por el 50% de los perjuicios morales decretados a favor del hermano de la víctima y de sus abuelos.

6.12.2. Perjuicios materiales

6.12.2.1. Lucro cesante

El despacho negara la solicitud de reconocimiento de perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante, teniendo en cuenta que los ingresos que pretende la parte actora se reconozcan con ocasión de la muerte del menor Wilson Alirio Rodríguez Abril, se constituye en meras posibilidades, toda vez que estos son eventuales por cuanto no se acreditó con grado de convicción la obtención futura de estos ingresos.

Sobre el tema el Honorable Consejo de Estado dijo:

“La Sala ha dicho, en reiterada jurisprudencia, que para que un daño sea indemnizable debe ser cierto, es decir que no trate de meras posibilidades, o de una simple especulación. Así el daño sea futuro debe quedar establecida la certeza de su ocurrencia, no puede depender de la realización de otros acontecimientos. Cuando de la muerte de un niño se trata, la Corporación ha negado, tradicionalmente, la indemnización de un daño futuro, consistente en el reconocimiento de lucro cesante por unos hipotéticos ingresos del menor, por tener carácter de eventual. En efecto, en estos casos el daño futuro está sometido a una doble incertidumbre, por una parte que el menor llegara a obtener algún ingreso y, que de cumplirse la primera condición, este se destinaría al sostenimiento de sus padres y hermanos, y no, por ejemplo, que se dedique al sostenimiento propio o a la formación de un nuevo hogar. En el caso que ocupa esta providencia, ninguna de las dos eventualidades por las cuales se niega este tipo de indemnización fue desvirtuada en el proceso. El perjuicio se redujo a un cálculo de vida probable de la víctima y de sus padres, y de sus posibles ingresos en este período de tiempo. El apoderado de la actora ni siquiera dio razón de las posibilidades laborales futuras de la víctima y menos el por qué los eventuales ingresos iban a dedicarse al sostenimiento de sus padres”³⁹.

En pronunciamiento posterior el Consejo de Estado⁴⁰ en sentencia del 5 de julio de 2012- C.P. Olga Melida Valle de la Hoz señaló:

“La jurisprudencia ha sido pacífica en sostener que en tratándose de la muerte de un menor de edad no hay lugar a reconocer el lucro cesante por unos hipotéticos ingresos del menor, dado que estos son eventuales, a menos que se acredite con grado de certeza la obtención futura de estos ingresos y también que en estos casos están sometidos a la doble eventualidad de que el menor hubiera podido llegar a percibir ingresos y que los destinara a ayudar a sus padres. (...) Aunque le asiste razón al impugnante al afirmar que el a-quo no analizó las circunstancias particulares del caso, y por lo tanto no le dio valor a la situación de pobreza en la que vivían los padres del menor, circunstancia que aumenta la posibilidad de que éste los ayudaría posteriormente, encuentra la Sala que dicho análisis lejos de contribuir a modificar la decisión, reafirma las razones de la negativa, por cuanto, en el sub iudice, el solo hecho de que el menor apenas contaba con tres años y nueve meses y no había ni siquiera iniciado su formación educativa y la maduración de su carácter o personalidad, sitúa la existencia del daño en un grado de probabilidad, que implica para el juez entrar en el terreno de las conjeturas, a efectos de cumplir con el deber legal de reparar todo el daño y nada más que el daño. (...) lo relevante a la hora de reconocer la indemnización de un daño bajo el concepto de lucro cesante futuro, es justamente la certeza sobre su existencia o su posterior materialización, es decir que ello no puede quedar en el campo de las probabilidades o depender de la realización de otros acontecimientos contingentes y extraños, ya que no en vano se afirma por la doctrina que sólo del daño que es cierto, no importa si es actual o futuro, se pueden derivar consecuencias jurídicas y por ende ordenar su indemnización”.

6.12.2.2. Daño emergente

En cuanto a los perjuicios materiales en su modalidad de daño emergente, no se reconocerá monto alguno, por cuanto no se encuentran acreditados, ya que no obra en el expediente prueba alguna sobre los gastos incurridos por los actores en las exequias del menor Wilson Alirio Rodríguez Abril.

Costas.

De conformidad con lo previsto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y como quiera en el sub lite ninguna procedió de tal forma; en consecuencia, no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Tunja**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARASE probada la excepción de **COSA JUZGADA**, propuesta por el Consorcio Ecoaguas en relación con las pretensiones de la demanda presentada por Julio

³⁹ Sección Tercera, sentencia agosto 10 de 2001, expediente 12555, M.P. Dr. ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

⁴⁰ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera – Subsección C - Radicación número: 05001-23-31-000-1997-01942-01(23643)

Ernesto Rodríguez Bonilla y Luz Mery Abril, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARASE administrativa y solidariamente responsables al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ y al contratista Consorcio Ecoaguas de la muerte del menor WILSON ALIRIO RODRIGUEZ ABRIL, por los hechos ocurridos el día 16 de agosto de 2009 en la vía carrera Guazo del Municipio de Maripi del Departamento de Boyacá.

TERCERO: CONDÉNASE al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ a pagar por concepto de perjuicios morales:

A favor de Julio Ernesto Rodríguez Bonilla y Luz Mery Abril (padres) la suma equivalente a cuarenta (40) S.M.L.M.V. para cada uno.

A favor de José Martin Rodríguez Orjuela, Florinda Bonilla Bello y Blanca María Abril, (abuelos) la suma equivalente a cuarenta (40) S.M.L.M.V. para cada uno de ellos.

A favor de Yilber Yair Rodríguez Abril en calidad de (hermano) cuarenta (40) S.M.L.M.V.

CUARTO : El DEPARTAMENTO DE BOYACA deberá repetir contra el contratista Consorcio Ecoaguas por el 50% respecto a los perjuicios morales decretados en favor de José Martin Rodríguez Orjuela, Florinda Bonilla Bello y Blanca María Abril y Yilber Yair Rodríguez Abril, y si este ya no existiera como tal, contra los socios que de él hacían parte, en virtud a lo estipulado por la Ley 80 de 1993, en su artículo 7°. Lo anterior de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DENIÉGANSE las demás súplicas de la demanda.

SEXTO: Dese cumplimiento a la presente sentencia, en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A.

SEPTIMO: Sin costas.

OCTAVO: En firme esta providencia, por secretaría archívese el proceso, dejando las constancias y anotaciones de rigor. Si existen excedentes de gastos procesales devuélvanse al interesado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

JUAN PABLO GÚIO ESPITIA
JUEZ